

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Flux et aspects contractuels

Poullet, Yves

Published in:

Droit communautaire et libertés des flux transfrontières

Publication date:

1988

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1988, Flux et aspects contractuels. Dans *Droit communautaire et libertés des flux transfrontières*. Litec, Paris, p. 131-145.

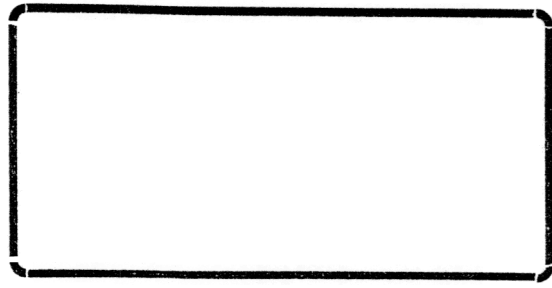
General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



CHAPITRE II

FLUX ET ASPECTS CONTRACTUELS

INTRODUCTION

LES CONTRATS TELEMATIQUES AU REGARD DU DROIT COMMUNAUTAIRE.

Par contrat télématique, nous entendons au sens du présent rapport, l'ensemble des structures contractuelles ou associatives qui peuvent être mises en place aux différents stades de sa mise sur pied ou de la réalisation d'opérations portant sur un service télématique. Du point de vue du droit communautaire, trois ordres de réflexion sont envisageables.

Les premières portent sur le rôle de l'Etat : l'Etat peut soit en tant qu'acteur, soit en tant que subsidiant certaines activités de services de télécommunications, limiter ou fausser la concurrence ; la réglementation étatique des services peut affecter la libre prestation des services ou induire des comportements anticoncurrentiels.

Les deuxièmes s'intéressent au comportement des opérateurs soit au sein d'« associations » ou d'ententes pour la mise sur pied d'un service commun soit pour régler la distribution des produits télématiques.

Les troisièmes enfin, concernent la relation avec l'utilisateur professionnel ou privé. Trois questions peuvent être envisagées : le problème des « offres liées » comptant l'équipement et service ; les restrictions d'utilisation imposées par certains producteurs ; l'applicabilité de la directive européenne relative à la responsabilité du fait des produits.

La question de l'intervention de l'Etat, Etat providence ou Etat gendarme, ne sera pas examinée ici car, s'il est vrai que, par exemple, l'Etat peut réglementer le contenu ou l'offre de services télématiques et modifier ainsi le contrat, l'analyse de la question nous éloignerait du « noyau dur » de notre propos. Ce sont donc les points deux et trois qui seuls seront ici retenus.



SECTION I

LES COMPORTEMENTS DES OPERATEURS

Trois types de comportement dont l'objet ou les effets peuvent être anti-concurrentiels doivent être distingués.

Le premier concerne des *accords pris au sein d'« associations »* ; le deuxième des *accords horizontaux* entre opérateurs, le troisième, des *accords verticaux* de distribution conclus par des opérateurs déterminés.

§ 1. Les accords pris au sein d'« associations »

Les caractéristiques de l'opération télématique justifient l'existence de nombreux accords en la matière.

Premièrement, ces accords concernent souvent la *normalisation administrative*, nécessaire aux procédures automatisées de transmission de l'information. Afin de faciliter et de développer la circulation des données, il est nécessaire que celles-ci soient compréhensibles par le plus grand nombre de personnes possibles. Aussi, pour éviter les erreurs d'interprétation qui pourraient compromettre la sûreté des opérations télématiques, il faut adopter des normes de présentation des « documents ». Ceci consiste à déterminer, pour chaque type de document, les informations à mentionner, l'ordre dans lequel les placer, la façon de les indiquer la façon d'identifier le document et de le transmettre. Le problème de la normalisation des données à transmettre par voie télématique s'avère particulièrement important en matière bancaire et financière. Ainsi, les messages transmis sur le réseau SWIFT, par exemple doivent répondre à certaines règles : le réseau SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications*) fournit aux banques un service de communication pour la transmission internationale de messages bancaires. Tous les messages SWIFT doivent suivre une « trame » bien définie. Cette « trame » est en voie d'adoption par l'ISO (ISO 4217), en tant que standard pour les transactions entre banques. Chaque message est entouré de données obligatoires ou libres qui facilitent la compréhension du message. Par exemple, un message normal peut avoir 12 « champs » dont 4 sont obligatoires. Les champs obligatoires concernent la référence à la transaction, la valeur de la transaction et l'identité des deux parties. Les autres champs portent sur des détails relatifs à la banque, les raisons du paiement, etc... Un maximum de 2.000 caractères est permis par message. Sur les caractéristiques du réseau SWIFT, lire *The usage of International Data Network in Europe*, OECD, ICCP, n° 2, Paris, 1979. D'autres secteurs requièrent également une normalisation des données ; on pense au domaine des assurances, de la comptabilité, de la consommation ou du transport des marchandises (cf. C. Monville, Y. Pouillet, La demande finale en télématique Aspects juridiques, La documentation Française, 1988, et également : NORDIPRO, *Legal Questions of Trade facilitation, Special Paper*, n° 2, Oslo, June 1980).

Cette normalisation administrative prétend résoudre certaines questions contractuelles, ainsi les questions de preuve, de signature et de sécurité et elle peut avoir un impact sur le partage des responsabilités à cet égard, par exemple les règles de partage de responsabilité établies par SWIFT ou les chambres de compensation et commentées par H. Lingl, *Risk Allocations in International Interbank EFT*, 22 Harv. Int'l. Law Journal, 1981, 621-630).

Deuxièmement, la nécessité de *définir les normes de transmission* communes et de *proposer à différentes entreprises* d'un secteur voire à toutes, des services de communication (service de courrier électronique, base de données partagées, etc.) expliquent le fait qu'en matière de services télématiques se multiplient les services communs à plusieurs entreprises, parfois érigées en sociétés distinctes (coopératives, A.S.B.L., etc.).

Enfin, troisièmement les entreprises du secteur ont ressenti la nécessité face aux risques juridiques, commerciaux et financiers liés au développement de ces nouveaux services de fédérer leurs efforts et ont constitué des associations (parfois concurrentes) qui émettent des recommandations sous diverses formes à l'intention de leurs membres.

Une analyse complète des questions juridiques soulevées par la création et le fonctionnement de ces associations serait longue et fastidieuse et nous nous contenterons de proposer quelques réflexions de droit de la concurrence relatives aux seuls transferts électroniques de fonds.

A ce propos MM. Schauss et Thunis notaient que la normalisation technique et administrative n'avait pas nécessairement d'effets concurrentiels, la normalisation permettant à un plus grand nombre d'acteurs d'adhérer aux systèmes et aux utilisateurs de disposer d'une gamme plus complète de services : ainsi, l'interopérabilité de réseaux de T.E.F. grand public permet au consommateur d'utiliser sa carte dans un nombre bien plus important de points de vente. Ils ajoutaient que l'importance d'investissements nécessaires à la mise sur pied d'un service justifiait des accords en vue d'un partage des coûts et des économies d'échelle.

Ceci conduit à affirmer que bien souvent les accords conclus pourraient être validés sur base de l'article 85 §3. Une telle affirmation en matière de T.E.F. grand public s'appuie tant sur le précédent de la décision Eurochèque (déc. de la Commission des Communautés Européennes, 10 déc. 1984 relative aux accords concernant les Eurochèques unificables JOCE, 7 février 1985 L. 35/43 ; le profit retiré par les utilisateurs apparaît, aux yeux de la Commission, équitable, dans la mesure où les porteurs d'eurochèques disposent de toutes les monnaies européennes, qu'ils peuvent retirer de l'argent en fonction de leurs besoins sur place, qu'ils bénéficient d'un certain crédit, non assorti d'intérêts débiteurs et que le taux leur est plus avantageux) que sur les réponses de la Commission faites à différentes questions parlementaires (cf. la communication faite par la Commission concernant la notification faite par l'Associazione Bancaria Italiana, notamment à propos de la Convention Interbancaire Bancontact, JOCE, 8-10-86, C 251/2 et les réponses faites à M^{me} Van Hemeldonck (JOCE, 2-12-1985, n° C 310/16) à propos des accords Bancontact-Mistercash et à M. Abelin (JOCE 2-10-1985, n° C 251/10) à propos des ententes entre banques françaises).

MM. Schauss et Thunis proposent dès lors les conclusions suivantes, reprenant l'interprétation donnée par la Commission dans l'affaire Eurochèque aux quatre conditions de l'article 85 §3.

De telles conclusions peuvent être utilement étendues à d'autres services que ceux de télébanking. Ainsi les services de courrier électronique spécialisé développés au sein de certains secteurs (cf. par exemple, celui mis en place par la S.I.T.A.) pourraient bénéficier des mêmes exemptions à condition, nous semble-t-il, que chaque participant garde le principe d'une publicité propre et fixe librement, avec ses propres clients, les tarifs du service et les prestations complémentaires.

En ce qui concerne les recommandations ou « codes de conduite » pris par les organes de certaines associations auxquels se soumettent les membres de l'association, ils constituent des « décisions d'associations d'entreprises », susceptibles de tomber sous le coup de l'article 85 §1 (à ce propos, P. Van Ommeslaghe - B. Van de Walle de Ghelcke, Examen de Jurisprudence, Cah. dr. eur. 1984, 138 et s. et la nombreuse jurisprudence citée). Le fait que le code de conduite ou la recommandation ne soient pas rendus à strictement parler, obligatoires, aux membres, mais simplement conseillés, ne modifie pas la position de la Commission (cf. les arrêts FRUBO 25 juillet 1974 et ANSEAU-NAVEWA 17 décembre 1981).

Ainsi, les accords pris au sein de ces associations ne peuvent avoir pour objet ou pour effet de privilégier les seuls nationaux (cf. par exemple les décisions « Groupements des Papiers Peints de Belgique » (CJCE 26 nov. 1975, Cah. dr. eur. 1976, p. 227, note L. Defalque et « Centraal Bureau voor de Rijwielhandel », CJCE, 2 déc. 1977), de réglementer les tarifs vis-à-vis des distributeurs ou d'utilisateurs (cf. not. l'arrêt FEDETAB, CJCE, 29 oct. 1980 Cah. dr. eur., 1982, p. 233, note Vajda). Rappelons qu'il suffit pour que l'art. 85 §1 puisse recevoir application que la concurrence soit entravée à l'un quelconque des échelons du commerce entre les producteurs et le consommateur ultime.

Certes, il restera aux associations à démontrer que les « codes de conduite » tombent sous le coup de l'application de l'article 85 §3. Ainsi, par exemple, le « *Downloading Code of Practice* » d'EUSIDIC nous apparaît pouvoir bénéficier aisément de l'exemption ; sur ce code, Y. Pouillet, Confidentiality clauses, in Information Market, Colloque CCI, 11-12 déc. 1986, à paraître. Il permet aux clients de développer des formes plus rentables d'utilisation des bases de données, en tenant compte des possibilités qu'offrent les micro ordinateurs, c'est-à-dire en promouvant le progrès technique.

§ 2. Les accords horizontaux de coopération ou de répartition du travail

Dans les secteurs des services de télécommunication, foisonnent les accords de coopération ou, à l'inverse, de répartition des activités.

Les *accords de coopération* s'expliquent tant par le coût des investissements nécessaires à la mise sur pied d'un tel service que par la nature même de ces services qui se caractérisent par l'échange entre diverses entreprises d'information. Ces accords de coopération peuvent porter sur le *partage des frais de recherche et de développement* ou par la création de *services communs* (sur ces diverses formes J.W. Goebel, D. Hofer-Frey, J. Scheller, *Rechtstatsachen beim Betrieb von Informationssystemen*. J. Schweiter Verlag, 1983, p. 42 et s.) Ces accords peuvent amener à la création d'entreprises ayant une personnalité propre.

Ainsi, on cite notamment :

- en matière de services de courrier électronique, le projet « ODETE » développé par les entreprises du secteur automobile ;
- en matière de services télématiques financiers, les projets « SEADOCs » (il s'agit d'une coopération banques - entreprises dont le leader est la « Chase Manhattan Bank ») qui visent à créer des standards permettant le transfert de documents commerciaux entre banques et entreprises (cf. également le projet TELETRUST qui rassemble des institutions de recherche, des transporteurs, des banques et entreprises et dont le but est de définir une technique « signature » électronique).
- en matière de base de données informationnelles, la mise sur pied de bases de données communes à partir de bases de données primaires appartenant à différentes entreprises.

On note que la Communauté Européenne a soutenu certains de ces accords. Cette simple constatation témoigne du fait qu'*a priori*, la commission ne s'oppose pas à de tels accords et les estime conformes à l'article 85 §3.

Le caractère aléatoire de la rentabilité de ces investissements dans un domaine technologique de pointe apporte, si besoin en était, une justification à la validité de ces accords. Il est clair que de tels accords permettent la promotion du progrès technique et apparaissent comme ayant des conséquences avantageuses indiscutables pour les utilisateurs, ainsi le projet ODETTE vise à permettre notam-

ment une meilleure gestion des stocks de pièces de rechange dans les succursales des entreprises et permet dès lors aux concessionnaires d'offrir à leur clientèle un meilleur service.

Enfin, il est certain que la mise sur pied par ou au sein d'un groupe d'entreprises d'un service de télécommunication n'empêche pas les concurrents d'offrir, par les moyens classiques traditionnels, le même échange d'informations.

Dans le domaine des bases de données informationnelles, se sont développés de nombreux accords de répartition des activités. Ces accords ont même parfois été suscités par la législation de tel ou tel pays, ainsi la loi française a réparti les activités des différentes bases de données juridiques tout en instaurant entre elles des mécanismes de coopération.

L'entente peut concerner également la répartition géographique des marchés ; elle concerne le plus souvent le contenu même de l'activité des entreprises il s'agit pour les entreprises de ne pas développer de produits ou d'activités concurrents.

Il est bien évident que les mêmes principes que ceux développés à propos de accords de coopération autoriseraient la commission à valider de tels accords, prenant en compte la nécessité des entreprises de pouvoir compter sur un marché potentiel, étant donné la concurrence des entreprises offrant les informations sur des supports traditionnels et l'importance des investissements liés à l'utilisation des « nouvelles technologies de l'information ».

§ 3. Les circuits de distribution : les accords verticaux

L'organisation de la distribution en particulier des produits informationnels peut soulever divers problèmes. Pour maximiser la rentabilité de son investissement le producteur ou le serveur principal peuvent, par des clauses *ad hoc*, à la fois premièrement cloisonner le marché et réserver l'accès des bases de données à un certain nombre de clients limités géographiquement, deuxièmement imposer aux distributeurs d'offrir une gamme de produits diversifiés à des prix fixés et de garantir une qualité minimale du service (ce qui supposera par exemple que le distributeur dispose d'équipements et de lignes d'accès suffisants garantissant ainsi une accessibilité à la base et des temps de réponse convenables), troisièmement exiger du distributeur de connaître le nom de ses clients et le détail de leurs interrogations afin d'adapter la qualité et le contenu du produit informationnel et, enfin, quatrièmement interdire aux distri-

buteurs d'offrir des produits concurrents (sur ces clauses, lire Y. Poullet, Confidentiality clauses, in Information Market, Colloque CCI 11-12 décembre 1986, à paraître).

Enfin, cinquièmement, pour des raisons stratégiques ayant trait au contenu du produit informationnel, raisons dictées par l'Etat, le producteur et/ou le serveur peuvent exiger que chaque client soit agréé par eux-mêmes ou par un organisme habilité à cette fin. Ainsi, certaines banques de données de l'European Space Agency ne sont accessibles qu'à des personnes habilitées par les autorités publiques des pays membres.

L'analyse et la validité du contenu des clauses évoquées ci-dessus renvoient à d'autres exposés. Ainsi, à propos des restrictions justifiées par des raisons stratégiques, la question soulevée rejoint celles des restrictions d'ordre public imposés dans le flux transfrontières (exposé de M. Van Grevenstein). Ou l'arrêt CODITEL sur le principe suivant lequel la commission « considère que ces « droits artistiques » n'échappent pas par principe au domaine d'application des règles de concurrence du Traité ; ainsi « la Commission a jugé restrictives de concurrence (tout comme en matière de brevets) les clauses de non-contestation, de non-concurrence, d'obligation de payer des redevances sur des produits non couverts par un droit d'auteur et de transférer au donneur de licences tout droit d'auteur obtenu par le licencié sur des améliorations du produit, objet de la licence. Pareillement, les clauses d'interdiction d'exporter ne peuvent être justifiées par la protection du droit d'auteur » (Van Ommeslaghe - Van de Walle de Ghelcke, Chron. citée, p. 242).

Nous ne réétudierons donc pas ces questions et nous nous intéresserons aux clauses de restriction du seul point de vue du droit de la concurrence.

Dans le secteur des bases de données, les accords de distribution relèvent généralement d'une entente entre entreprises (article 85), exceptionnellement d'un abus de position dominante (article 86). Il est rare en effet qu'un producteur soit en mesure de dicter ses conditions aux serveurs (à cet égard, J.W. Goebel, D. Hofer-Frey, J. Scheller, *Rechtstatsachen beim Betrieb van Informationssystemen*, J. Schweitzer Verlag München, 1983, 45 et s., en particulier p. 51 : les cas de sklavische Nachahmung). Sur le terrain de l'article 85, on note que les clauses auxquelles il a été fait référence mettent en place un système de « distribution sélective » (à cet égard, l'article de J.S. Chard, *The Economics of the application of Act 85 to Selective Distribution Systems*, Eur. L. Rev., 1982, 83 et s.).

Le principe défendu en la matière par la commission se résume comme suit : le régime de concurrence efficace qu'implique l'article 85 admet que la nature et l'intensité de la concurrence puissent varier en fonction des produits ou des services en cause. Ainsi, à propos d'un service de presse électronique, la prise en considération de la nature spécifique du service a amené la Cour à examiner l'applicabilité de l'article 85 § 3, nonobstant des restrictions quantitatives du nombre des revendeurs (Alf. Binon, CJCE 3 juillet 1985. Cah. dr. europ., p. 325 et s. note S. Petropoulos).

La prise en considération de la spécificité du secteur économique que constituent la production et la diffusion de bases de données justifient sans doute l'existence de la plupart des clauses reprises ci-dessus sur base de l'article 85 § 3. Ainsi à l'appui d'une argumentation fondée sur l'article 85 § 3, le rédacteur de la clause démontrera que :

1) la technologie même de la mise à disposition du service exige par le producteur des conditions qualitatives (cf. en particulier à ce sujet, la synthèse des arrêts dits «de distribution sélective» faite par Van Ommeslaghe - Van de Walle de Ghelcke, Chron. citée, p. 214 et s.) dans le chef du serveur (possibilité de formation des clients, maintenance et suivi de la clientèle, équipement suffisant pour permettre un dialogue rapide et convivial) ;

2) la nécessité d'une bonne connaissance des réactions du marché face à un « produit » nouveau justifie l'exigence d'une connaissance par le producteur de données, sans doute agrégées (essentiellement, pour des raisons de confidentialité, cf. sur les clauses en cette matière, Y. Pouillet, art. cité), données relatives aux types de clientèle et à la nature de leur interrogation ;

3) la clause excluant la mise à disposition par le serveur de produits concurrents pourrait même se justifier pour un type de produit informationnel que le serveur se doit de bien connaître à l'exclusion d'autres concurrents pour pouvoir bien le promouvoir.

Enfin, on pourrait concevoir que l'utilisation d'un produit varie suivant la culture du pays et que dès lors un cloisonnement des marchés puisse se justifier. Un second argument en faveur du cloisonnement pourrait être celui de la nécessité pour chaque serveur de pouvoir rentabiliser sur un nombre de clients potentiels déterminés, les investissements consentis pour la mise sur pied du service conversationnel.

SECTION II

LES RELATIONS AVEC LES UTILISATEURS

L'introduction épinglait trois questions.

— L'offre de services s'accompagne souvent de la *nécessité contractuelle d'acquérir certains programmes ou équipements compatibles* avec ceux de l'opérateur. N'y a-t-il pas là « offre liée », conséquence d'un abus de position dominante condamné par l'article 86 du Traité de Rome ?

— Dans les contrats de télétraitement ou d'accès à des bases de données certaines clauses des contrats utilisateurs restreignent les possibilités d'utilisation ou prévoient des tarifs différents suivant le type d'utilisation faite par le client. Ne s'agit-il pas de restrictions d'utilisation incompatibles avec le Traité de Rome ?

— Enfin, l'applicabilité de la directive de la Commission sur *responsabilité du fait des produits* est discutée.

§ 1. Les « offres liées »

La situation visée est la suivante : l'utilisation d'un service de télécommunication est liée à l'achat ou la location d'un équipement spécifique dont en outre, le serveur assumera la maintenance.

Une telle pratique se justifie souvent pour des raisons de compatibilité d'équipements : la même pratique a existé en matière d'équipements informatiques où l'acquisition de certains logiciels était liée à l'acquisition de matériels. En cette matière, on sait que des décisions américaines ont condamné sévèrement les offres liées au nom du principe de la concurrence et ont consacré le principe de l'Unbundling.

La référence au précédent justifie donc l'incertitude de la légitimité de la pratique décrite ci-dessus : l'article 86 du Traité de Rome relatif à l'abus de position dominante prévoit la condamnation de pratiques pouvant notamment :

« ...d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

L'application de l'article 86 suppose une position dominante définie comme suit par la Cour : « Une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement des consommateurs » (C.J.C.E., 14 fév. 1978 ABG Entrep. Pétrolières, décision reprise et analysée in Van Ommeslaghe - Van de Walle de Ghelcke, Chron. citée, p. 449 et s.).

En matière de services télématiques, la Cour appréciera dans quelle mesure une entreprise ne subit pas de manière notable les effets de la concurrence. Ainsi, en matière de bases de données, la Cour s'interrogera par exemple, sur la spécificité du marché propre aux bases de données desservies, et non sur l'ensemble du marché des bases de données (cf., par comparaison, l'affaire United Brands (Orianne - Delahaut. Obs. sous l'Arrêt United Brands, J.T., 1979, p. 91, n° 4) où la spécificité du marché de la banane par rapport à celui d'autres fruits a été mise en exergue). Ainsi, en matière de bases de données, le marché des bases de données scientifiques est un autre marché que celui des bases de données économiques et sans doute des subdivisions seraient à faire dans ces deux secteurs. La Cour tiendra compte également de la gamme des bases de données offertes par un seul serveur ou producteur, et de la qualité intrinsèquement ou subjectivement supérieure d'une base de données par exemple du fait de sa convivialité de son exhaustivité ou d'avantages dûs à une technologie de programmation plus avancée.

Ensuite, l'application de l'article 86 suppose que la prestation jumelée ne soit pas par sa nature liée à la prestation principale (J. Megret, *Le droit de la C.E.E.*, vol. 4, Concurrence, U.L.B., 1972 p. 72 et les références). L'évaluation de l'existence de cette condition devra tenir compte de l'état de la technologie. Ainsi, en matière de télécommunication l'absence de normes internationales pour des services des couches « application » peut justifier que l'accès à un service de courrier électronique soit lié à l'utilisation de certains programmes. Ainsi, la nécessité de « cryptographier » les messages suppose que l'utilisateur professionnel d'un service de télébanking équipe son ordinateur de programmes non normalisés permettant le chiffrement et souvent acquis auprès du prestataire de ce service de télébanking.

En conclusion, c'est à la Cour d'apprécier dans quelle mesure une entreprise « cherche à accroître ou à étendre par le biais de ces offres liées son pouvoir sur le marché ». L'obligation d'acquérir un équipement complémentaire non compatible à l'utilisation de certains services offerts par les concurrents peut être une manière de rendre le marché captif.

§ 2. Les restrictions à l'utilisation du produit

Les contrats utilisateurs relatifs à des services de télétraitement ou d'accès à des bases de données contiennent parfois des clauses dites de restrictions d'utilisation, limitant par exemple la reproduction des résultats d'une interrogation à un certain nombre d'exemplaires. Plus récemment, certains producteurs, en particulier américains, ont dans le cadre de « *Downloading Policies* » ont développé le principe d'une tarification modulaire suivant les types d'utilisation. Ainsi ils ont prévu des tarifs majorés pour une entreprise « *multi users* », c'est-à-dire disposant de différents terminaux pouvant chacun interroger la base de données ou utiliser le *software* du serveur; de même, l'autorisation du téléchargement ou *downloading* permettant de vider partiellement une base de données et de la gérer, voire de l'enrichir, sur une configuration propre au client entraîne le paiement de charges supplémentaires.

Pour justifier cette différenciation des tarifs dans le chef de l'utilisateur final, les producteurs s'appuient parfois sur le droit de destination attribut du droit d'auteur. Le droit de destination permet à l'auteur de calculer les redevances payables en fonction des potentialités d'utilisation de l'œuvre par le client final, que celui ait ou n'ait pas de relation contractuelle avec lui.

Au regard du droit européen, une telle pratique pourrait-elle être interdite sur base de l'article 86 du Traité de Rome? L'auteur, jouissant d'un monopole de commercialisation de son œuvre, n'abuse-t-il pas de son monopole, en créant des conditions d'utilisation discriminatoires?

Tel pourrait être le cas. Rappelons le principe établi par l'arrêt *United Brands*: « Le fait pour une entreprise en position dominante d'imposer de façon directe ou indirecte des prix non équitables constitue une pratique abusive condamnable au sens de l'article 86 du Traité ». La Cour ajoute que pour déterminer le caractère équitable ou non discriminant du prix, il faut rechercher si un prix a été pratiqué sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie.

Or dans les cas analysés, précisément, il apparaît que, pour l'utilisateur final, la valeur économique de la prestation serait différente suivant le type d'utilisation qu'il en fait. Ainsi, il est objectivement raisonnable de demander à une entreprise disposant de 50 terminaux connectés *on line* à une base de données de payer un tarif d'abonnement plus important que celui réclamé à l'entreprise mono utilisateur; de même, il n'est pas discriminant de prévoir, à celui qui entend vouloir procéder à un téléchargement, un tarif supérieur.

Ces réflexions permettent de légitimer les principes même du « *Downloading Code of Practice* » établi par EUSIDIC et distinguant *a priori* différents tarifs applicables par classes d'utilisateur.

§ 3. L'applicabilité de la directive du Conseil du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité des produits

En cas de panne, d'interruptions de mauvaises transmissions et de fraudes, le droit est appelé à intervenir pour déterminer la responsabilité des acteurs et pour organiser le recours de l'utilisateur.

L'utilisateur d'un système télématique victime d'un dommage dispose d'un recours auprès du responsable.

Suivant le droit commun, il doit prouver le dommage, la faute et le lien de causalité.

Le dommage est souvent évident et ne soulève pas de difficultés particulières. La faute et le lien de causalité sont, par contre, beaucoup plus difficiles à prouver étant donné la complexité des relations mises en jeu dans une relation télématique. Dans les méandres des connexions télématiques, il n'est pas toujours possible de déterminer l'acteur responsable, c'est-à-dire l'acteur qui a fait preuve de négligence en ne prenant pas les mesures de sécurité permettant d'empêcher la réalisation du dommage. En vue de protéger le consommateur de services télématiques, et dans l'optique d'un développement européen de ces services, des mesures doivent être prises au niveau européen.

En matière de responsabilité du fait des produits défectueux le recours de l'utilisateur se heurte aux mêmes problèmes : difficulté de prouver la faute et de déterminer l'acteur responsable. En vue de résoudre ces problèmes, le Conseil des Communautés Européennes a estimé qu'une action était nécessaire. Celle-ci s'est concrétisée dans la directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, laquelle est essentiellement orientée vers la protection des consommateurs.

La directive est ainsi justifiée : « Un rapprochement des législations des Etats membres en matière de responsabilité du producteur pour les dommages causés par le caractère défectueux de ses produits est nécessaire du fait que leur disparité est susceptible de fausser la concurrence, d'affecter la libre circulation des marchandises au sein du Marché Commun et d'entraîner des différences dans le niveau de protection du consommateur contre les dommages causés à sa santé et à ses biens par un produit défectueux ».

Le constat suivant lequel le problème des produits défectueux est similaire à celui des transmissions télématiques défectueuses permet dès lors d'estimer pertinente la question suivante : la directive ne pourrait-elle être étendue à la télématique et, en cas de réponse négative, une directive similaire à celle du 25 juillet 1985, mais adaptée aux spécificités de la télématique ne pourrait-elle être établie ?

Même si certains principes sont transposables, il nous semble que la directive du 25 juillet 1985 n'est pas applicable en matière de services télématiques.

Au regard de la distinction faite entre « produits » et « services », cette exclusion est évidente pour les activités de mise à disposition du produit informationnel. L'énoncé de la directive indique que celle-ci vise les produits et non les services. Le terme « produit » désigne tout meuble, objet d'une production industrielle, y compris l'électricité. Depuis les arrêts Coditel et Debaue, la Cour rejette toute assimilation de la mise à disposition de messages informationnels à une fourniture d'électricité.

La réponse négative se justifierait également si l'on voulait appliquer la directive au produit informationnel lui-même, c'est-à-dire à la base de données ou au programme auxquels on accède par des techniques de téléinformatique. Certes, on peut imaginer que la responsabilité du producteur soit mise en cause non en raison d'une défectuosité de la transmission mais parce que le produit est en lui-même défectueux (non mise à jour d'une base de données, erreurs de programmation). Il n'en reste pas moins que la directive n'est point applicable. De l'article 9 et des considérants, se dégage clairement l'idée que la directive a été conçue en vue d'assurer la sécurité physique de la personne et des biens appartenant à l'utilisateur ; le dommage patrimonial ou moral causé par exemple par une information fautive ou par une erreur de programmation rentre difficilement dans le champ d'application de la directive.

Etant donné que la directive du 25 juillet 1985 ne convient pas pour les services télématiques, ne serait-il pas judicieux de proposer à la Commission d'établir une directive relative à « responsabilité du fait des transmissions télématiques défectueuses » ?

Cette directive prônerait le principe de la responsabilité sans faute du serveur. Ce dernier serait tenu pour responsable dès qu'une transmission télématique serait affectée d'un défaut suite à une lacune des mesures de sécurité.

Le serveur est l'acteur le mieux approprié pour assumer la responsabilité. C'est lui qui organise le service et s'occupe des relations avec les utilisateurs. Le producteur (ou collecteur de données) ne peut être désigné comme responsable car il ne joue aucun rôle technique et ne peut, dès lors, garantir, la sécurité. Le transporteur, quant à lui, est maître du réseau. Il gère l'infrastructure mais il ne s'occupe pas des transmissions télématiques elles-mêmes. De plus plusieurs pays d'Europe connaissent encore le principe de l'irresponsabilité du transporteur.

L'identification du producteur serait faite de façon particulièrement large de façon que la victime trouve pratiquement toujours un responsable accessible.

Les dommages que pourrait subir un utilisateur suite au défaut de transmission sont notamment les pannes et interruptions, les mauvaises transmissions, les fraudes rendues possible par un manque de sécurité.

Le défaut du service télématique doit être clairement circonscrit : « La transmission est défectueuse lorsqu'elle n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ». Le critère retenu pour apprécier la défectuosité de la transmission est celui de la sécurité, critère le plus important au point de vue de la sécurité des consommateurs. Les utilisateurs pourront agir, sur base de la directive, contre le serveur alors qu'ils n'ont aucune relation préalable avec ce serveur.

La victime du dommage devrait *prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité*. Vu la futilité des transmissions et l'immatérialité des informations, la preuve du défaut est difficile à apporter ; le droit commun relatif à la preuve devrait être assoupli.

En plus des grands principes énoncés, la directive compterait plusieurs dispositions relatives à la protection du consommateur et similaires à celles que l'on trouve dans la directive du 25 juillet 1985 : responsabilité solidaire de tous les responsables du même dommage et interdiction d'écarter l'application de la directive par des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

L'établissement d'une telle directive accrédi terait la confiance du grand public envers les services télématiques et participerait ainsi au développement des services télématiques en Europe. Il ne faudrait cependant pas imposer une trop grande responsabilité aux serveurs qui hésiteraient alors à prendre le risque. Le plafonnement de la responsabilité dégagerait les serveurs de nombreuses craintes et faciliterait la couverture des risques par des mécanismes d'assurance.